

# הסימפוזיון על הקודיפיקציה של המשפט האזרחי: 26.12.72—28.12.72

## הרצאת הפתיחה:

### לקראת קודיפיקציה של המשפט האזרחי

אהרון ברק \*

#### א. מבוא \*\*

כל הקרוב למשפט הציבורי הישראלי הש ויודע, כי נפל בו דבר. חקיקתם של חוקי היסוד<sup>1</sup> הביאה לשינוי איכותי, ולא רק כמותי, בתחום המשפט הממלכתי<sup>2</sup>. והנה, דבר מקביל, אם כי בעל עצמה שונה, קרה גם במשפט הפרטי הישראלי. מאז 1962, עת הוחק חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ"ב—1962<sup>3</sup>, ועד היום, הוחקה שורה ארוכה של חוקים — שלושה-עשר במספר<sup>4</sup>, הכוללים כשבע

\* פרופ' מן המניין, הפקולטה למשפטים, האוניברסיטה העברית בירושלים.  
\*\* תודתנו נתונה לגברת רות קנר מהמכון למחקרי חקיקה ומשפט השוואתי ע"ש הארי סאקר על העזרה שנתנה לנו באיסוף המקורות הישראליים.  
1 חוק יסוד: הכנסת, שה"ח 244, תשי"ח, ע' 69; חוק יסוד: מקרקעי ישראל, שה"ח 312, תש"ד, ע' 56; חוק יסוד: נשיא המדינה, שה"ח 428, תשכ"ד, ע' 118; חוק יסוד: הממשלה, שה"ח 540, תשכ"ח, ע' 226.  
2 ראה בג"צ 98/69, כרגמן נ' שר האוצר ואח', כ"ג (1) פד"י 693.  
3 שה"ח 380, תשכ"ב, ע' 120.  
4 ואלה הם (בנוסף לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות): חוק השליחות, תשכ"ה—1965, שה"ח 462, תשכ"ה, ע' 220; חוק הירושה, תשכ"ה—1965, שה"ח 446, תשכ"ה, ע' 63; חוק המשכון, תשכ"ז—1967, שה"ח 496, תשכ"ז, ע' 48; חוק השומרים, תשכ"ז—1967, שה"ח 496, תשכ"ז, ע' 52; חוק הערבות, תשכ"ז—1967, שה"ח 496, תשכ"ז, ע' 46; חוק המתנה, תשכ"ח—1968, שה"ח 529, תשכ"ח, ע' 102; חוק המכר, תשכ"ח—1968, שה"ח 529, תשכ"ח, ע' 98; חוק המקרקעין, תשכ"ט—1969, שה"ח 575, תשכ"ט, ע' 259; חוק המחאת חיובים, תשכ"ט—1969, שה"ח 573, תשכ"ט, ע' 250; חוק המטלטליו, תשל"א—1971, שה"ח 636, תשל"א, ע' 184; חוק ההווים (תרופות בשל הפרת חוזה), תשל"א—1970, שה"ח 610, תשל"א, ע' 16; חוק השכירות והשאלה, תשל"א—1971, שה"ח 633, תשל"א, ע' 160.

מאות סעיפי חוק, וכולם בתחום המשפט האזרחי. מספר הצעות חוק התפרסמו כבר<sup>5</sup> ואף הן עומדות לפני מעשה חקיקה (ואחרות עומדות בפני פירסום<sup>6</sup>). תחיקה חדשה זו הביאה בעקבותיה לשינוי איכותי, ולא רק כמותי, במשפט הפרטי הישראלי. זהו מפעל רב עוצמה בו יכולים להתגאות כל אלה שנתנו יד להגשמתו. ברשימה זו נעמוד על שינוי זה, ועל המתבקש ממנו לגבי החקיקה ופירושה בישראל.

## ב. השינוי במשפט האזרחי: חקיקה קודיפיקטיבית

### 1. קודקס מהו?

החוקים החדשים, שנתקבלו על ידי הכנסת בתחומי המשפט האזרחי, שונים מדברי חקיקה אחרים בישראל בכך שהם בעלי אופי קודיפיקטיבי<sup>7</sup>. הם מהווים, כל אחד בנפרד בתחומו, וכולם יחד, קודקס. מהו קודקס, ועל שום מה מהווה תחיקה אזרחית זו קודקס?

נראה לנו, כי ניתן למצוא את הקודקס בחמישה סימני היכר אלה<sup>8</sup>:

<sup>5</sup> הצעת חוק החוזים (חלק כללי), תשל"ל-1970, ה"ח 880, תשל"ל, ע' 129; הצעת חוק חוזה עבודה, תשכ"ח-1968, ה"ח 791, תשכ"ח, ע' 384; הצעת חוק הטיפול באבידות, תשל"א-1971, ה"ח 930, תשל"א, ע' 165; הצעת חוק לניטול דינים עותמאניים, תשל"ב-1971, ה"ח 978, תשל"ב, ע' 149.

<sup>6</sup> ראה, למשל, תזכיר להצעת חוק הנאמנות, תשל"ב-1972, אשר פורסמה בכ"ה הפרקליים 262 (1972/73). נמצאות בעיבוד במשרד המשפטים, בין השאר, הצעת חוק הביטוח והצעת חוק לדיני מעין חוזים.

<sup>7</sup> החקיקה המסחרית בישראל – כגון: פקודת החברות (חא"י, כרך א', פרק כ"ב, ע' 155), פקודת השותפויות (חא"י, כרך ב', פרק ק"ג, ע' 1020), פקודת השטרות [נוסח חדש] (דיני מדינת ישראל, נד"ח 2, ע' 12) – אינה מהווה קודקס, שכן אין בה כל ניסיון לכסות את התחום כולו. בתחום החברות, שטחים שלמים ומהותיים של דיני החברות, כגון: דיני יזמים, דיני אולטרה-וירס, חובת הנאמנות של מנהלים, ותורת האורגניזם, אינם מצויים בחוק עצמו. גם המגילה בעבר לא היוותה קודקס במובן בו אנו משתמשים כמובן זה. ראה טדסקי, „מאה שנה למגילה“, כ"ה הפרקליים 312, 313, 319 (1968/69).

<sup>8</sup> ראה: Lobingier, "Codification", 2 *Encyclopaedia of the Social Sciences* 606 (1930); Bayitch, "Codification in Modern Times", *Civil Law in the Modern World* 161, 162 ff. (1965); Stone, "A Primer on Codification", 29 *Tul. L. Rev.* 303 (1955).

פרופסור Sereni קבע את ההגדרה הבאה לקוד:

"It is in fact a systematic of coordinated legal precepts covering a substantial body of legal relations and formulated in general terms wherein a solution may be found to each and every legal problem arising in connection with any of the subject matters regulated by it".

Sereni, "The Code and The Case Law", *The Code Napoleon and the Common-Law World* 55, 58 (edited by Schwarts, 1956) (hereinafter: "The Code Napoleon").

לא נעשה על ידינו ניסיון לתת הגדרה, אלא סימני היכר בלבד. מובן שאחד או אחדים מהם עשויים לחסור.

ראשית, שלמות: נעשה נסיון לתת הסדר חקיקתי, מתוך כוונה שבהסדר זה תימצא תשובה לדיניה של אותה סוגיה<sup>9</sup>;  
 שנית, שיטתיות: נעשה נסיון לתת הסדר חקיקתי, שהוא מסודר ומאורגן מבחינה הגיונית ומדעית;  
 שלישית, הפשטה: נעשה נסיון לקבוע עקרונות כלליים הגותנים מפתח לפתרון בעיות קונקרטיות בדרך של גזירת הפרט מתוך הכלל;  
 רביעית, רוחב יריעה: נעשה נסיון להקיף תחום נרחב;  
 חמישית, חדשנות: נעשה נסיון לקבוע הסדר שהוא בעיקרו שונה מהקיים. הדין הקודם בוטל ודבר החקיקה החדש, הוא בלבד, מהווה מעתה ואילך המקור לדין הקיים<sup>10</sup>.

השלמה, המוכרת לעיל, אין כוונתה להניח כי בקודקס לא ייתכנו ליקויים, וכי יש בו בקודקס תשובה לכל שאלה. כל עוד פעולת החקיקה היא פעולת אנוש יהיו בה ליקויים. משמעותה של דרישה זו היא, שלא נעשה נסיון מכוון להשאיר שטחים בלתי מוסדרים, אלא נעשה נסיון לתת הסדר שלם<sup>11</sup>. בדומה, השיטתיות בה מדובר, אין פירושה כי בפועל הקודקס ברור לכל<sup>12</sup>. אף דבר זה אינו אפשרי. משמעות הדבר היא, שנעשה נסיון לנסח את החוק באופן שעיון בהוראותיו על ידי קורא אינטליגנטי יתן לו תמונה על מצב הדין הקיים. דרישת ההפשטה אינה מוציאה קיומם של הסדרים ספציפיים. אלה ייתכנו ואף קיימים בפועל. פירוש הדבר הוא שנעשה נסיון להעניק גמישות לדבר החקיקה, על מנת שהוא יוכל להתמודד עם שינויי הרקע החברתיים, על ידי שימוש ראוי במונחי שסתום<sup>13</sup>. ברור כי לצדם של אלה קיימים גם קיימים הסדרים מפורטים. רוחב היריעה הוא כמובן דבר יחסי. לענין קודקס ניתן לצפות שהוא יעסוק בשטח חיים נרחב. ולבסוף, החדשנות אין פירושה שכל הוראותיו של הקודקס הן חדשות. משמעותה שהדין הקיים בוטל והוחלף בדין חדש, אשר מצדו יכול, כמובן, במספר סוגיות לאמץ פתרונות ישנים. אך בעיקרו של דבר יש בו תחילת דרך חדשה לגבי אותה שיטה<sup>14</sup>.

2. האם התחיקה האורחית החדשה היא קודקס?  
 נראה לנו, כי לא יכול להיות ספק בדבר, כי התחיקה האורחית החדשה, אכן מקיימת מבחינה אובייקטיבית את התכונות העיקריות של קודיפיקציה. התחיקה האמורה מהווה נסיון לתת פתרון שלם, בדרך שיטתית, תוך שימוש בעקרונות כלליים לשטח חיים נרחב. יש בה מיפנה ושינוי דרך. מבחינה סובייקטיבית כל

<sup>9</sup> ראה: Schlesinger, *Comparative Law*, 177-178 (2nd ed., 1959).

<sup>10</sup> ראה טרסקי, "על הסכניקה בחקיקה הישראלית העתידה", מחקרים במשפט ארצנו, 58, 62 (מהדורה שניה, תשי"ט):

"ביבשת אירופה, באה כרגיל הקודיפיקציה כמאמץ להינתק מן העבר, כמאמץ לרציונליזציה של המשפט, ולא כמעשה לגיבוש נכסי העבר והישגיו".

<sup>11</sup> ראה: Vanderbilt, "The Reconciliation of the Civil Law and the Common Law", *The Code Napoleon*, 359.

<sup>12</sup> ראה: 3 Pound, *Jurisprudence*, 722 (1959).

<sup>13</sup> ראה: Tunc, "The Grand Outlines of the Code", *The Code Napoleon*, 24, 42.

<sup>14</sup> ראה: Schlesinger, *supra* note 9, at 495-96.

העוסקים בחקיקה זו<sup>16</sup> חזרו והדגישו, כי כוונתה של חקיקה זו להיות „קודקס“ במובן הקונטיננטלי.

באומרנו כי יש לנו כבר קודקס אזרחי בתחומים שעליהם חלה החקיקה האזרחית החדשה, איננו מתווים דעתנו באשר לשאלה, אם מצב דברים זה הוא רצוי. בענין זה עשויות להיות דעות שונות ומגוונות<sup>17</sup>. ישנם בוודאי אלה הסבורים, כי עדיין מוקדם הוא להתחיל במפעל של קודיפיקציה וכי יש לחכות להצטברותו של גסיון ישראלי. אחרים עשויים להוסיף ולומר, כי קודיפיקציה אפשרית רק כאשר ישנה תשתית של עקרונות כלליים ותורת משפט אשר עליה נשען הקודקס, ואשר בלעדיה הקודקס תלוי על בלימה. על פי השקפה זו טרם הגענו בישראל למצב דברים זה. הכנת הקודקס מחד גיסא, וביטול מסתבר של קליטת משפט אנגלי מאידך גיסא, תותיר את שיטתנו חלולה. אחרים בוודאי יציינו כי יתרונות רבים לו לקודקס, מבחינת ההסדר הרצוי, עצמאות השיטה וגמישותה.

שאלות אלה ואחרות הן בעלות הסיבות רבה אם הן נועדו להשיב על השאלה: הרצוי לנו להתחיל במלאכת הכנתו של קודקס? אך במקום שקודקס כבר קיים, הרי הן מפנות דרך לשאלות אחרות בהן נרצה לעסוק ברשימתנו זו, דהיינו, מהן המסקנות המתבקשות, מבחינת החקיקה ופרשנותה<sup>18</sup>, מקיומו של קודקס אזרחי בישראל. לענין זה נעבור עתה.

### ג. מסקנות המתבקשות לגבי המחוקק מקיום קודקס אזרחי בישראל

#### 1. האחרת החוקים למסכת אחת

##### (א) הבעיה

בהציגו את חוק השליחות בפני הכנסת, ציין שר המשפטים דאז, השר דב

יוסף<sup>19</sup>:

„הכוונה היא להחליף את הפרקים השונים שבמגילה בחוקים ישראליים מקוריים,

<sup>15</sup> ראה ידיו, „כיצד יפורש חוק השומרים?“, כ"ד הפרקליט 493, 494 (1967/68): „חוק הירושה, תשכ"ה–1965, מהווה 'ספר חוקים' ('קודקס' בלע"ז) מקיף, שיטתי וממצה של דיני-הירושה, ממש כמו ספרי החוקים שביבשת אירופה ובשאר ארצות הסיביל לאו, עם כל הנובע מזה לענין דרכי הפירוש והאי-הלוח משיטה משפטית חיצונית. והוא הדין בשאר חוקי הכנסת מאותו סוג, היינו החוקים היוצרים משפט ישראלי בדרך של קודיפיקציה, ולו גם שלבים שלבים: כשרות משפטית ואפטרופסות, אימוץ, סדר הדין הפלילי, בוררות, פטנטים, לשון הרע, ערבות, משכון, שומרים, מכר, מתנה“.

ראה גם משרד המשפטים, הצעת חוק הירושה 5 (1952).

<sup>16</sup> ראה: Akzin, "Codification in a New State", *The Code Napoleon* 298.

מעלותיה וחסרונותיה של הקודיפיקציה בכלל, ראה:

Pound, *supra* note 12, at 732; Stone, *supra* note 8, at 308-309.

<sup>17</sup> צמצמנו עצמנו לתחום זה בלבד. לקיומו של קודקס אזרחי בישראל השלכות רבות ומגוונות. כך, למשל, הוא חייב להשפיע בוודאי על לימוד המשפט האזרחי בפקולטות למשפטים בכלל, ועל לימוד משפט השוואתי בפרט.

<sup>18</sup> 41 דכה"נ 462 (תשכ"ה).

זאילן לאחר מכן, בשלב השני, לאחד חוקים אלה, בתוספת חוקים מיוחדים אחרים בתוך מסכת אחת, שלמה ואחידה, שתשמש לנו קודקס חוק אורחי ממצה".

מצויים אנו עתה בסופו של השלב הראשון. עם חקיקתה של הצעת חוק התזוים (חלק כללי) בזמן הקרוב, יסתיים בעיקרו שלב זה.<sup>19</sup> יש לגשת, על כן, לשלב השני, אשר תחילתו הינה האחדת החוקים הקיימים למסכת אחת, שלמה ואחידה. אמת הדבר, אופנים הקודיפיקטיבי של החוקים שהתקבלו אינו מותנה בפעולת האחדה זו. חוק הירושה וחוק המקרקעין — אם להביא רק שתי דוגמאות בולטות — מהווים קודקס גם אם יעמדו בכדידותם. יחד עם זאת, ישנה חשיבות — ולא רק אסתטית — לפעולת האחדה מהירה. חשיבות זו מתבטאת, בין השאר, בעניינים הבאים:

- (1) פרשנות תוך „הרמוניה תחיקתית“;
- (2) האחדת המינוח והנוסחאות;
- (3) קביעת סעיף הגדרות כללי;
- (4) הרחבת המסגרת החקיקתית;
- (5) התאמת הסדרים בין חלקי הקודקס;
- (6) פירוט במקום שהחוק קיצר.

נעמוד בקצרה על כל אחד מששת עניינים אלה.

#### (א) פרשנות

במקום שמצוי קודקס, מן הדין לפרש את חלקיו השונים תוך התייחסות הדדית. זאת ועוד: החוקים בתחום המשפט האורחי, שהתקבלו בישראל בכדידותם, מהוכננים ובנויים על ההנחה, כי הפרשנות שתנתן להם, תהיה זו הרואה בהם חטיבה אורגנית אחת הקשורה והשזורה זו בזו.<sup>20</sup> יש לשאוף בתחום זה „להרמוניה תחיקתית“.<sup>21</sup> בוודאי שיש לבקוט בפרשנות זו גם כיום, כל עוד מגילות הקודקס לא אוחדו למסכת אחת. אך ברור כי מבחינה פסיכולוגית, האחדת החוקים השונים יוצרת אקלים פרשני נוח לראיית החוקים כולם כחטיבה אחת לצרכי פרשנות.

#### (ג) אחדות כמינוח ונוסחאות

בשעה שכל חלקי הקודקס מרוכזים במסכת אחת, נוצר אקלים נוח לרביזיה של המונחים להם נזקק המחוקק בחלקי הקודקס השונים, תוך מטרה להכניס אחדות במינוח. ברור כי אין זה רצוי, מבחינת הטכניקה החקיקתית, כי לאותו ביטוי המופיע בחלקים השונים של הקודקס יינתן פירוש משתנה על-פי הפרק בו מופיע הביטוי.<sup>22</sup> כיום ניתן להצביע על מספר ניכר של מונחים כאלה. טול, למשל, את

<sup>19</sup> להצעות חוק אחרות התלויות ועומדות, ראה הערה 5 לעיל. אנו מניחים כי גם אלה תסתיימנה במהרה.

<sup>20</sup> ראה ידיו, „ושוב על פירוש חוקי הכנסת“, כ"ו הפרקליט 190, 206 (1970/71).

<sup>21</sup> לביטוי זה, ראה דברי השופט זוסמן בע"פ 108/66, „דן“ בע"מ ואח' נ' היועץ המשפטי לממשלה, כ' (4) פד"י 253, 261.

<sup>22</sup> כשם שאין זה רצוי כי לתיאור אותה תופעה ישחמש המחוקק במונחים שונים: כך, למשל, המונח „מיטלטליון“ משמעותו כיום, לאחר חוק המיטלטליון, „נכסים מוחשיים, חוץ ממקרקעין“ (סעיף 15 לחוק). בחוק המכר נזקק המחוקק למונח „נכס בד“ (סעיף 34 לחוק). האם מיטלטליון ונכס בד הם היינו הך? ראה וייסמן, „נכסים הניתנים למישכון“, ג' משפטים 494, 497 (1971).

הביטוי „נכס”. כשהוא מופיע בחוק השומרים<sup>23</sup> („שמירת נכס היא החזקתו כדין שלא מכוח בעלות”) יש לו כנראה משמעות קורפורלית. בעוד שאותו ביטוי בחוק המשכון, למשל<sup>24</sup> („מישכון הוא שיעבוד נכס כערוכה לחיוב”), יש לו כנראה משמעות קורפורלית וערטילאית כאחת.

אחידות דרושה גם בשימוש בנוסחאות „סטגדרדיות”, המופיעות בחוקים השונים. כך, למשל, במספר ניכר של חוקים מופיעים סעיפים בענין זכות העכבון<sup>25</sup>, קיוון<sup>26</sup>, שיפוי על הוצאות<sup>27</sup>, שמירת כללים ספציפיים<sup>28</sup> והרשאה לפעולה בשעת הדחק<sup>29</sup>. הניסוח של הוראות אלה אינו תמיד אחיד למרות שמטרתן היא אחת. בוודאי שזו תוצאה טבעית של חקיקה בשלבים. עתה, משתבוא האחדה של חלקי הקודקס למסכת אחת, יש מקום להכנסת אחידות בתחום זה.

(ד) סעיף הגדרות כללי

עם האחדת חלקי הקודקס למסכת אחת, יש לתת את הדעת לשאלה, אם אין זה רצוי לקבוע בראשיתו של הקודקס הוראה בענין פרשנות. שאלה זו מתחלקת לשתיים:

ראשית, היש מקום לקבוע הוראה באשר לעקרונות הפרשנות הרצויים. בענין זה נעסוק בהמשך<sup>30</sup>;

שנית, היש מקום לקבוע סעיף הגדרות, אשר בו תבואנה הגדרות הביטויים השונים המופיעים בקודקס. בענין זה נעסוק עתה.

ניתן לגרוס, כי סעיף הגדרות אינו רצוי לקודקס, שכן הוא מונע את הגמישות הרצויה, ומכניס את הקודקס למיטת סדום של הגדרות. זאת ועוד: סעיפי ההגדרות עושים את דבר החקיקה לטכני ומרחיקים אותו מהעם. יהיה ערכם של גימוקים אלה אשר יהיה, אין הם שקולים כנגד הגימוק הבא: שיטתנו המשפטית חסרה מסורת משפטית עצמאית ומגובשת, אשר תאגד מאגר של עקרונות כלליים אשר באמצעותם ניתן לפרש מונחים שונים בקודקס. כך, למשל, מה פירוש הביטוי „פעולה משפטית”, המופיע בשלושה מהחוקים החדשים? מה פירוש הביטוי „החזקה” המופיע באחדים

<sup>23</sup> בסעיף 1 (א). ראה חשון, „שמירה ושומרים — לפירוש סעיף 1 לחוק השומרים, תשכ”ז—1967”, ג' משפטים 137, 138 (1971).

<sup>24</sup> בסעיף 1 (א). ראה וייסמן, לעיל הערה 22, בע' 497 ואילך.

<sup>25</sup> ראה, למשל: סעיף 13 לחוק המכר; סעיף 12 לחוק השליחות; סעיף 9 לחוק השומרים; סעיף 19 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה).

<sup>26</sup> ראה, למשל: סעיף 32 לחוק המכר; סעיף 13 לחוק השליחות; סעיף 10 לחוק השומרים; סעיף 20 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה); סעיף 23 לחוק השכירות והשאלה.

<sup>27</sup> ראה: סעיף 11 לחוק השליחות; סעיף 8 לחוק השומרים.

<sup>28</sup> ראה, למשל: סעיף 4 לחוק המכר; סעיף 19 לחוק השליחות; סעיף 10 לחוק המחאה תיובים; סעיף 2 לחוק המשכון; סעיף 18 לחוק הערבות; סעיף 14 לחוק השומרים; סעיף 22 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה); סעיף 2 לחוק השכירות והשאלה.

<sup>29</sup> ראה: סעיף 5 (ב) לחוק השליחות; סעיף 6 לחוק השומרים.

<sup>30</sup> ראה טקסט להערה 107 להלן.

<sup>31</sup> סעיף 2 לחוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות; סעיף 1 לחוק השליחות; סעיף 64 להצעת חוק החוזים (חלק כללי).

מהחוקים<sup>32</sup> ? ביטויים אלה ואתרים כמותם הם חלק מתורת המשפט הכללית של שיטת משפט מבוססת. אצלנו חסרה עדיין תשתית זו. כפתרון חלקי לבעיה זו יש מקום לחשוב על הגדרתם של ביטויים אלה בסעיף הגדרות כללי בקודקס<sup>33</sup>.  
 סעיף הגדרות כללי עשוי לשמש מטרה נוספת. לעתים קרובות נוקטת החקיקה שלנו למונחים, שיש להם משמעות ברורה בדוגמאטיקה של שיטת משפט זרה. בהעדר הגדרה ישראלית למונחים אלה, יש סיכוי סביר, כי הפרשן יפנה לאותה שיטה לשם פירוש המונח. עד כמה שידועים אנו מראש על בעיה זו, ועד כמה שידועים אנו מה הפירוש הרצוי לנו, אין כל סיבה להשאיר את הפרשן ללא הדרכה<sup>34</sup>. רצוי במקרה זה לקבוע הגדרה ישראלית. כך, למשל, מה פירוש הביטויים „תמורה“<sup>35</sup>, „יחד ולחוד“<sup>36</sup>, „גאמן“<sup>37</sup>, „שלוחו של אדם כמותו“<sup>38</sup> ?

(ה) הרחבת המסגרת החקיקתית

עם האחדת המגילות השונות למסכת אחת, יש לחשוב על הרחבת מסגרתו של הקודקס. העניינים המצויים כיום בקודקס האזרחי שלנו הם גרעינו של הקודקס בלבד. במצב זה הקודיפיקציה היא חלקית בלבד<sup>39</sup>. מן הדין להרחיבה. ראשית, יש לכלול בה עניינים אזרחיים נוספים. בראש ובראשונה כוונתנו לנויקין. אין זה רצוי לצרף את הפקודה במתכונתה הקיימת. מתכונת זו שונה ממתכונתו של הקודקס הישראלי. נראה לנו שצירוף דיני הנויקין יתאפשר לאחר שתבצע החלפת הפקודה הקיימת בדין נויקין חדש. בדין חדש זה, ניתן להעמיד את העוולות על שתיים או שלוש בלבד, תוך קביעת עקרונות כלליים היפים לדיני הנויקין<sup>40</sup>. את החלק התרופתי ניתן לקצר, תוך התאמתו לתרופות האחרות המצויות בקודקס. עם צירופם של הנויקין יבואו גם החוקים השונים הקשורים בדיני הנויקין, ובעיקר חוק הנויקים האזרחיים (אחריות המדינה), תשי"ב—1952<sup>41</sup>, וחוק לתיקון דיני הנויקין האזרחיים (הטבת נזקי גוף), תשכ"ד—1964<sup>42</sup>. מחוץ לנויקין יהיה מקום לצרף לקודקס את חוק הביטוח והחוק בדבר התעשרות שלא כדין — כאשר מלאכת החקיקה לגביהם תסתיים. שניה, יש לחשוב על הרחבתו של הקודקס לעבר התחום המסחרי. ההבחנה

<sup>32</sup> ראה : סעיף 1 (א) לחוק השומרים ; סעיף 2 לחוק המיטלטלין ; סעיף 1 לחוק השכירות והשאלה ; סעיפים 1—3 לחוק המקרקעין.

<sup>33</sup> ראה טדסקי, „על חוק המתנה, תשכ"ח—1968“, א' משפטים 639 (1968/69).

<sup>34</sup> לבעיית הדוגמאטיקה של השיטה הישראלית, ראה : Tedeschi, „On Reception and On The Legislative Policy of Israel“, 16 *Scripta Hierosolymitana*, 11.

<sup>35</sup> ראה, למשל : סעיף 1 (ג) לחוק השומרים ; סעיף 1 (א) לחוק המתנה ; סעיף 1 לחוק השכירות והשאלה.

<sup>36</sup> ראה : סעיף 7 לחוק השליחות ; סעיף 8 לחוק הערבות.

<sup>37</sup> ראה : סעיף 10 לחוק השליחות.

<sup>38</sup> ראה : סעיף 2 לחוק השליחות.

<sup>39</sup> ראה : Akzin, *supra* note 16, at 323.

<sup>40</sup> ראה לנדוי, „הלכה ושיקול דעת בעשיית משפט“, א' משפטים 292, 300 (1968/69) ; שילה, „לבעיית הויקה אל המשפט האנגלי“, ב' עמיש 192 (1972).

<sup>41</sup> סה"ח 109, תשי"ב, ע' 339.

<sup>42</sup> סה"ח 423, תשכ"ד, ע' 77.

הקונטיננטלית בין משפט אזרחי לבין משפט מסחרי אינה יפה לנו, וגם בקונטיננט גיכרת מגמה של סטייה ממנה.<sup>45</sup> יש לפתוח בצעדים לצירוף פקודת השטרות [נוסח חדש] לקודקס החדש, וכמובן את חוק החברות, כאשר זה יתוקק, תוך החלפת פקודת החברות הקיימת. שלישית, בתחום הקניין יש להרחיב את המסגרת. כך, למשל, יש לכלול את הקניין הרוחני. כמו כן יש לחשוב אם אין זה רצוי לצרף למסגרת זו את החקיקה בענין הגנת הדייר ודמי המפתח. לבסוף, יש לשקול<sup>46</sup> צירופם של אותם החלקים של דיני המשפחה הסובסטיביים, שהוחקו על ידי הכנסת, כגון: חוק אימוץ ילדים, תש"ך-1960,<sup>45</sup> חוק לתיקון דיני המשפחה (מוזנות), תשי"ט-1959,<sup>46</sup> וחוק השמות, תשט"ז-1956.<sup>47</sup>

הרחבת המסגרת המוצעת, אין פירושה מעשה טכני של שינוי במספור סעיפים ופרקים. במקום שדין פלוני מצטרף לקודקס, יש להתאימו לקודקס ולרעיון הטמון בקודיפיקציה. אין לצרף סוגיה לקודקס, כל עוד סוגיה זו אינה מקיימת את התכונות העיקריות המאפיינות קודקס. מלאכת הצירוף דורשת, איפוא, רעיונה שלמה בסוגיות המצטרפות והתאמתן לרעיון הקודיפיקציה. כך, למשל, אין כל אפשרות לצרף את פקודת החברות הקיימת לקודקס, שכן הפקודה הקיימת אינה ממלאת אחר דרישות הקודקס. הפרוץ מרובה בה על העומד. עיקרי דיני החברות מצויים מחוץ לפקודה. המבקש לצרף את דיני החברות לקודקס חייב קודם כל לבצע רעיונה שלמה בחוק הקיים. דבר זה ניתן לעשות על-ידי ביטול הקיים והחלפתו בחוק ישראלי מקיף על חברות.

#### (ו) התאמת הסדרים

עם האחדתם של חלקי הקודקס למסכת אחת, יש לבחון אם המגמות המסתמנות בדברי החקיקה השונים יש בהן הגיון פנימי משותף ואם הן מתיישבות זו עם זו. האם יש קו ברור לענין ההגנה על הגושה? האם הכללים בדבר רכישה בתום לב מגלים מגמה אחידה? היש מקום ברור לעקרון הרשלנות, והיחס בינו לבין העקרון של תום לב?

זאת ועוד: יש להתאים את ההסדרים הקנייניים השונים ויש לקבוע היחס הנכון בין הוראות חוק המקרקעין, חוק השכירות והשאלה, חוק המיטלטלין וחוק המשכון<sup>48</sup>; יש לקבוע היחס הנכון בין ההגנה על הקניין בחוקים אלה לבין ההגנה

<sup>45</sup> נראה כי בצרפת נפלה ההחלטה כי במסגרת הרפורמה של המשפט האזרחי יאוחד זה עם המשפט המסחרי: Julliot de la Morandière, "Preliminary Report of the Civil Code Reform Commission of France", 16 *La. L. Rev.* 1, 20 (1955).

<sup>44</sup> צירופם של אלה מעורר קשיים. מרבית דיני המשפחה הסובסטיביים הם חלק מהמשפט העברי ולא דבר חקיקה של הכנסת. ניתן לומר כי אין זה רצוי להכניס את הטפל כשהעיקר אינו בפנים.

<sup>45</sup> פה"ח 317, תש"ך, ע' 96.

<sup>46</sup> פה"ח 276, תשי"ט, ע' 72.

<sup>47</sup> פה"ח 207, תשט"ז, ע' 94.

<sup>48</sup> ראה, דוכן-לנדוי, "חוק המקרקעין", תשכ"ט-1969, ממבט ראשון, כ"ו הפרקלים 101, 112 (1970/71).

על הקנין בפקודת הגויקין [נוסח חדש] 40; יש לקבוע היחס הנכון בין הוראות חוק המחאת חיובים בענין המחאה בדרך שיעבוד לבין הוראות חוק המשכון בענין זה 50; יש לתת הדעה לשאלה מהו ההיקף המדויק בו פועל העקרון, כי „חיוב הגובע מתווה יש לקיימו בדרך מקובלת ובתום לב“; יש לקבוע אחדות בהסדרים המעניקים טובת הנאה לצד שלישי 51.

במסגרת פעולה זו יש גם לתת הדעת לשאלה הכללית בדבר היחס בין החובות השונות המוטלות בהלקי הקודקס השונים לבין העולה של הפרת חובה חקוקה 52. הניתן לומר, כי הפרת חובות אלה היא עוולה? לבסוף, רצוי לתת הדעת לשאלה אלו הוראות בקודקס הן בעלות אופי קוגנטי ואלו הן בעלות אופי דיס-פוזיטיבי, והאם כדאי לקבוע הוראה כללית בענין זה 53. כך, למשל, החובה המוטלת בקודקס לקיים חיוב „בדרך מקובלת ובתום לב“ 54 — האם זו חובה קוגנטית או דיספוזיטיבית?

(1) פירוט במקום שהחוק קוצר

יסוד המאפיין את החקיקה האורחית החדשה שלנו הוא בקיצור לשונה 55. לעובדה זו יתרונות ברורים. החקיקה היא עניינית. מכיוון שקוצר הלשון מתאפשר, בין השאר, בשל השימוש במונחי שסתום כגון „תום לב“, „דרך מקובלת“, „זמן סביר“, הרי שעל ידי כך מושגת גם גמישות ונמנעת קפיאה של הקודקס. אך אין טוב בלא רע. כפי שציין פרופסור טדסקי 56, „קיצור החוק הוא קוצר החוק“. מחוקק יכול לקצר, אם הלשון המקוצרת והכללית יש לה משמעות ברורה ומקובלת

49 דיני מדינת ישראל, נד"ח 10, ע' 266. ראה: בר-שירה, „תקנת השוק — כפי ששונתה על ידי חוק המכר, תשכ"ח—1968“, כ"ה הפרקלים 717 (1968/69); גורי, „מכר בשוק פתוח“, ב' עמ"ש 92 (1972).

50 ראה וייסמן, לעיל הערה 22, בע' 498.

51 ראה טדסקי, לעיל הערה 33, בע' 646—647.

52 סעיף 63 לפקודת הגויקין [נוסח חדש].

53 כדוגמת סעיף (3) 1-102 ל- Uniform Commercial Code הקובע:

“The effect of provisions of this Act may be varied by agreement, except as otherwise provided in the Act and except that the obligations of good faith, diligence, reasonableness and care prescribed by this Act may not be disclaimed by agreement but the parties may by agreement determine the standards by which the performance of such obligations is to be measured, if such standards are not manifestly unreasonable”.

54 סעיף 6 לחוק המכר; סעיף 4 לחוק השכירות והשאלה; סעיפים 20 ו-21 להצעת חוק החוזים (חלק כללי).

55 ראה, טדסקי, לעיל הערה 33, בע' 639: החיוב מיתריותה מקיפה.

„תכונה אופיינית לחקיקה הישראלית החדשה היא קיצור הלשון. קצרה בייחוד בחוקים המייעדים להיות חלק מסמך-האזהרה העתיד-לא-לה-לעומת החוקים האנגליים האנליטיים והקאזואליסטיים. אלא גם לעומת הפרקים המקבילים מספרי החוקים במתכונת קונטיננטאלית“.

56 שם בע' 644.

ברוגמאטיקה של השיטה<sup>57</sup>. הקיצור הוא אפשרי אם יש בשיטה פיתוח נרחב של מדע המשפט ושל עקרונות כלליים. כל זה אינו קיים אצלנו<sup>58</sup>. מכיוון שכך, קיים חשש סביר כי קיצור הלשון יגרור אחריו הסדר סתום ולקוי. מצב דברים זה עשוי להפנות חלק מהמשפטנים בצורה נרחבת למקורות ההיסטוריים מהם שואבים הוראת החוק. על ידי כך נפגם כוח ההתפתחות העצמאית של שיטתנו<sup>59</sup>. זאת ועוד: פניה זו תיעשה רק על-ידי מעטים, היודעים את השפות הזרות של השיטות מהן נלקחו הוראות הקודקס. מרבית המשפטנים יעמדו תוהים ומשתאים בדבר כוונת המחוקק. כל עוד סימן 46 לדבר המלך במועצה, 1922<sup>60</sup>, עומד בתקפו ניתן יהיה להעזר בו. בוודאי שתוצאה זו אינה רצויה, שכן היא חוזרת על שיטת „השכבות“ ממנה אנו רוצים להמלט. עם ביטולו הצפוי של סימן 46 יעלם גם מקור זה, ונמצא

<sup>57</sup> ראה אנגלרד, „חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, תשכ״ב–1962“, פירוש לחוקי הדיונים 8 (בעריכת טדסקי, תשל״ב):

„לדעתנו, האפשרות לקצר בלשון היא תוצאה ישירה של עבודת מדע המשפט, שטרח ופיתח מושגים בעלי משמעות ברורה ומקובלת, או לפחות הצליח להגדיר את גבולותיהם. בישראל לא הספיק מדע המשפט לערוך הכנה מוקדמת זו. אקלימו של המשפט המקובל האנגלי אינו נוח לעבודה מסוג זה, משום שבשיטה זו תשומת הלב מופנית לפסיקה, אשר מטבעה הינה בעלת אופי קסואיסטי. דומה, כי המחוקק לא נתן לבו, במידה מספקת, לעובדה זו. הוא השתמש בעקבות קודכסים זרים, במושגי משפט מבלי להגדירם. שימוש זה יצר בעיית פרשנות חריפה: כיצד לפרש מושגים אלה? על מנת לפתור בעיה זו שומה על הפרשן לפנות לספרות המשפטית של ארצות יבשת אירופה, אשר משיטתן הושפע המחוקק שלנו. ספק הוא בעינינו, אם זו היא הדרך הנאותה ליצירת משפט עצמאי.“

<sup>58</sup> ראה טדסקי, לעיל הערה 10, בע' 66:

„בעוד שבשיטות משפט אחרות עומדת לו למפרט המסורת המשפטית הלאומית כולה לשם קביעת משמעותם של הכונחים, הגדרתם של המושגים וכל אותם המושכלות הראשוניים אשר הונחו מסהמא ביסודה של כל שיטה ושיטה, ולכן אין צורך שהחוק יהיה מפורש ביותר, חוץ מאשר במקרים מיוחדים (של חידוש, וכו') – לא כן הדברים במשפט הישראלי העתידי, באם יבחר המחוקק בכיוון החקיקה המקורית. השיטה הישראלית היתה יוצאת מבעין 'טבולה ראוה' (לוח חלק), באין רקע מסורת לאומית חיה ופועלת, בכללה, ובהיעלמן, עם החקיקה החדשה, של תכונות השיטה המשפטית הנוהגת כעת; ואילו השימוש במונחים העבריים עלול היה בנקל להביא את המפרש לידי טעויות, כי שלא בכוננת המחוקק, היו מונחים אלה מפנים את המפרש או למושגים של דיני ישראל המסורתיים או למושגים מיוחדים של המשפט הנוהג כעת בארצנו. מכאן הצורך להרבות בהגדרות ובפירוט יותר מאשר במסיבות אחרות.“

<sup>59</sup> ראה טדסקי, שם בע' 68.

„טכניקה תחיקתית שהיתה אומרת להתחרות בסוד הצימצום של המחוקק השוויוצרי היתה עלולה להשאירנו ללא קביעות מספקת, ולעודד, למעשה, את המפרש לפנות אל שיטה משפטית זו או אחרת (שיוכל להניח כי ממנה הכלל הישראלי נובע); ועל ידי כך היו נעלמים אותה האוטונומיה ואותו כוח ההתפתחות העצמאית של שיטת המשפט הישראלית שמחוקקנו העתיד היה, לפי הנחתנו, חותר לקראתם.“

<sup>60</sup> חאמי, כרך ג', ע' 2738.

את שיטתנו תלויה על בלימה. נראה לנו, כי אין מגוס מעריכת בדיקה מדוקדקת בעניינים הבאים, אשר כולם קשורים בקיצור הלשון:

ראשית, יש לבחון אם סוגיה שלמה לא נוסחה בצורה תמציתית מדי. כוונתנו, למשל, לחוק המתנה, אשר כונה על ידי פרופסור טדסקי<sup>61</sup> כ„מברק“. דומה שיש לקיים את ציפיתו, כי בעקבות המברק יגיע גם „מכתב“ ובו דבר דבור על אופניו. אך בדיקה זו אינה מוגבלת למתנה. בזמן הקצר, שעבר מאז הוחקו חלקי הקודקס השונים, נתפרסמו על אחדים מהם רשימות ממצות, ובהן ביקורת למכביר על קיצור הלשון והעדר ההוראות<sup>62</sup>. יש לעבור על כל החוקים החדשים תוך בחינת היקפם.

שנית, יש לבחון אם השימוש במונחי השסתום השונים משקף הכרעה מדעת של המחוקק כי סוגיה פלוגית רצוי הוא כי תישאר לשיקול דעתה של הרשות השופטת, או שמא היא משקפת התחמקות המחוקק מהכרעה בשאלות ברורות של מדיניות<sup>63</sup>. דבר אחרון זה המור במיוחד באותם תחומי משפט, כגון קנין, בהם דרושות הגדרות ברורות באופן שהזכות תהיה ידועה מראש ולא תהא תלויה בשיקול דעת השפיטה<sup>64</sup>.

שלישית, אחת השיטות להן נזקק המחוקק ביד רחבה היא השימוש בנוסחה כי הוראות חוק יחולו, בשינויים המחוייבים, גם על סוגיה אחרת<sup>65</sup>. שיטה זו, אשר כונתה על-ידי פרופסור וייסמן, „חקיקה מתחמקת“<sup>66</sup>, אינה רצויה בכל אותם המקרים בהם השינויים הנובעים אינם מובנים מאליהם, והם מחייבים חיפוש פתרונות, בחירה בין פתרונות שונים, וקביעת עמדה בשאלות שהמחוקק טרם קבע בהן את עמדתו.

<sup>61</sup> טדסקי, לעיל הערה 33, בע' 644.

<sup>62</sup> לענין חוק המשכון, ראה וייסמן, לעיל הערה 22; לענין השכירות, ראה סוכובולסקי, „על השכירות לפי חוק המקרקעין, תשכ״ט–1969“ (שני חלקים), כ״ז הפרקליט 96, 261 (1971/72). על חוק הערבות, ראה גוטשלק, „הצעת חוק דיני ערבות, תשכ״ה–1965“, כ״ג הפרקליט 266 (1966/67); על חוק המחאת חיובים, ראה: בן-פורת, „חוק המחאת חיובים, תשכ״ט–1969“, פירוש לחוקי החוזים (בעריכת טדסקי, תשל״ב); אוטולנגי, „חוק המחאת חיובים, תשכ״ט–1969“, כ״ז הפרקליט, 285 (1970/71); על חוק המקרקעין, ראה: וייסמן, חוק המקרקעין, תשכ״ט–1969: מגמות והישגים (1970); דוכן-לנדוי, לעיל הערה 48; נגבי, „עם חקיקת חוק המקרקעין החדש“, ב' משפטים 159 (1970); על חוק המכר, ראה צלטנר, „חוק המכר, תשכ״ח–1968“, פירוש לחוקי החוזים (בעריכת טדסקי, תשל״ב); על חוק הירושה, ראה: Yadin, „The Law of Succession and Other Steps Towards a Civil Code“, 16 Scripta Hierosolymitana 104; Yadin, „Reflection on a New Law of Succession“, 1 Isr. L. Rev. 132 (1966).

על חוק הכשרות המשפטית והאפוטרופסות, ראה אנגלרד, לעיל הערה 57.

<sup>63</sup> ראה לנדוי, לעיל הערה 40, בע' 298.

<sup>64</sup> ראה וייסמן, לעיל הערה 62, בע' 21.

<sup>65</sup> ראה, למשל: סעיפים 3 ו-4 לחוק המכר; סעיף 13 (א) לחוק המטלטלין; סעיף 2 לחוק השכירות והשאלה.

<sup>66</sup> וייסמן, לעיל הערה 62, בע' 19.

בבדיקה מחודשת זו של קיצור לשון החקיקה יש כמובן לשמור על שביל הזהב. כשם שאין להסחף לקיצור לשון שסופו חוסר בהירות, הסדרים לקויים, והשתעבודות לשיטות זרות, כן אין להסחף לפירוט יתר, שסופו חוסר גמישות, והחנקת יצירת משפט עצמאי.<sup>67</sup> המצב הקיים אינו מצב של שביל זהב. זהו מצב של קיצור מופרז. לדעתנו, לאור הנסיון שהצטבר בשנים האחרונות, ותוך כדי פעולת ההאחדה המוצעת, יש לדאוג לפירוט של הסדרי הקודקס.

## 2. קביעת עקרונות כלליים למקרה של לקונה בקודקס (א) היש ליקויים בקודקס?

תהיה מלאכת החקיקה מושלמת כפי שתהיה, אין לך דבר חקיקה מקיף, כמו קודקס, שאין בו לקונות. ההתפתחות המהירה של קצב החיים יוצרת מצבים חדשים שהקודקס לא צפה אותם ואף לא יכול היה לצפותם מראש. אכן, כל המעיין בכתביהם של חכמי המשפט האזרחי בקונטיננטל יזכר לדעת, כי הם מכירים גם מכירים באפשרות המעשית של קיום לקונות בקודקס.<sup>68</sup> אפשרות זו מוגברת במיוחד אצלנו לאור קיצור לשון החקיקה. לשון לאקונית זו יוצרת מטבעה תחומים רבים שאינם מכוסים.<sup>69</sup> די אם נזכיר כי סוגיית השלוח (nuntius) אינה מכוסה בחוק השליחות ואילו הוראות המגילה בענין זה בוטלו.<sup>70</sup> נמצא כי לפנינו לקונה. המחילה כאקט חד-צדדי אינה מוסדרת כלל בחקיקה שלנו.<sup>71</sup> ואם המגילה בענין זה בוטלה תהיה לפנינו לקונה. אם חוק החוזים (חלק כללי) ישאר בניסוח המופיע בהצעת החוק, הרי שנראה כי הוא לא יחול על החוזים הריאליים, שלגביהם תחסיים לקונה.<sup>72</sup>

<sup>67</sup> ראה טדסקי, לעיל הערה 10, בע' 68:

„...הנטיה להסדר מופרז, דוגמת הטכניקה האנגלית ואף הגרמנית, היתה מביאה את ספרי החוקים העתידיים שלנו לידי הודקנות ללא עת והיתה מחניקה את התפתחות היצירה המקורית בחיי המשפט, אחרי הקודיפיקציה, כפי שהיא דרושה במשפט המתהווה של מדינה שהיא עצמה ממשיכה ומתהווה“.

<sup>68</sup> מקורות לסוגיה זו ראה: Von Mehren, *The Civil Law System* 64 (1957); Schlesinger, *supra* note 9, at 275.

ראה גם טדסקי, „משפט פרטי וחוקה, בזמננו“, מתקרים במשפט ארצנו 22, 47 (מהדורה שניה, תשי"ט):

„המחוקק ינהג בחכמה אם לא יבקש לכפור, באמצעות פיקציה חסרת תועלת, במציאותם של ליקויי החוק...“.

<sup>69</sup> ראה דברי שר המשפטים בכנסת, 46 דכ"פ"נ 1707 (תשכ"ו). ראה גם: ג. פרוקצ'יה, „חקיקה ישראלית בשלבים: הערות וביקורת“, א' עמ"ש 41 (1971); שילה, „*Et Ceterum Censeo*“: משפט עברי לאלתר ו' א' עמ"ש 25 (1971).

במספר מאמרים ציין פרופסור ידן, כי בחקיקה הקודיפיקטיבית הישראלית אין, ולא יכולים להיות, אזורים ריקים, שטחים מתים. ראה ידן, לעיל הערה 20, בע' 197. נראה כי כוונתו היתה ללקונה המחייבת פניה למשפט האנגלי, ולא לעצם אפשרות קיומה של לקונה.

<sup>70</sup> ראה פרוקצ'יה, „על ההבחנה בין שלוח לבין Nuntius“, ב' עמ"ש 284 (1972).

<sup>71</sup> ראה טדסקי, „ביטול המגילה – רקעו ומועדו“, ב' עמ"ש 458, 459 (1972).

<sup>72</sup> ראה טדסקי, „הצעת חוק החוזים (חלק כללי), וגבולותיה“, ג' משפטים 105 (1971).

מהי הדרך הנכונה, מבחינת המשפט הרצוי, לפתרון בעיית הליקויים בקודקס שלנו? נראה לנו, כי הדרך שיש לנהוג בה היא תלת-שלבית. ראשית, יש לפנות אל המנהג; שנית, יש לפנות אל ההיקש; שלישית, יש לפנות לעקרון גג במקום ששני המקורות הראשונים אינם מספקים פתרון. נפנה לבעיות אלה בסדרן.

(ב) שלב ראשון במילוי הלקונה: פניה למנהג

במספר קודקסים אורחיים נקבעה הוראה מפורשת, כי במקום שיש לקונה בקודקס, יש למלאה על ידי פניה למנהג<sup>73</sup>. אף שהפניה למנהג אינה מביאה להתפתחות הרמונית של הקודקס עצמו, בכל זאת יש לה הצדקה, שכן היא משקפת את תחושת ההוקיות של העם עצמו. לשם הגשמת עקרון זה רצויה הוראה מפורשת בחלק הכללי של הקודקס. והנה, המגמה המתגלית לאחרונה בתחום זה אינה מבשרת טובות. בהצעת חוק לביטול דינים עותמאניים מוצע, בין השאר, לבטל את סעיפי המג'לה הדינים במנהג ובנוהג בלי להחליפם בהוראה ישראלית חדשה. ההנמקה שניתנה לכך הינה, כי במדינה מודרנית עם מכונת חקיקה פרלמנטרית אין צורך בהכרה במנהג<sup>74</sup>. אין לקבל השקפה זו<sup>75</sup>. המנהג הוא מקור חשוב ליצירת דין גם בשיטה משפטית בו קיים אורגן מיוחד לחקיקה. במקום שמתגלית לקונה בקודקס, אך טבעי הוא לתת סיפוק לתחושת החוקיות שבעם. כמוכן, אם המחוקק לא יהיה מרוצה מפתרונו של המנהג, הוא יוכל תמיד לשנותו בדרך החקיקה.

אך מה הדין אם אין מנהג רלבנטי העשוי למלא את החלל? כאן עלינו לפנות לשלב השני, דהיינו, להיקש.

(ג) שלב שני במילוי הלקונה: היקש (אנאלוגיה)

כל עוד סימן 46 לדבר המלך במועצה 1922, עומד בתוקפו, מן הדין למלא את הלקונות בקודקס האזרחי שלנו תוך פניה למשפט האנגלי. מצב דברים זה אינו רצוי, מהטעמים הבאים: ראשית, משטרו של סימן 46 פוקר קשות בעבר לענין השיטה הישראלית בכלל, וביקורת זו תופסת גם לענין החקיקה הישראלית הקודיפיקטיבית<sup>76</sup>. אך טבעי הוא כי לקונות הקודקס תתמלאנה בדרך שהיא טבעית ואורגנית ולא על ידי השתלת דינים זרים לקודקס. שנית, בשלושה מבין החוקים

<sup>73</sup> ראה, למשל: סעיף 1 לקודקס האזרחי השוויצרי משנת 1907; סעיף 4 לקודקס האזרחי מבראזיל מ-1942; סעיף 1 לקודקס האזרחי המצרי מ-1948; סעיף 1 לספר החוקים היווני משנת 1946.

<sup>74</sup> ראה דב'כ"ע, ישיבה שנ"א מיום 7.1.72, שם אומר שר המשפטים:

„במדינה מודרנית כמו שלנו, עם מכונת-חקיקה משוכללת כמו שיש למשטר פרלמנטרי, ובעיקר למשטר הפרלמנטרי שלנו, אין כל צורך, שנורמות משפטיות של יחסים עסקיים-מסחריים, ייקבעו בדרך של מנהג“.

<sup>75</sup> לביקורת הצעת החוק, ראה דברי חברי הכנסת בקריאה הראשונה. שם. ראה גם טדסקי, לעיל הערה 71, בע' 459. תוצאה בלתי סבירה תתקבל אם ההוראות בענין המנהג במג'לה תבוטלנה לפני ביטולו של סימן 46 לדבר המלך במועצה, 1922, ראה טדסקי, שם.

<sup>76</sup> ראה טדסקי, „בעיית הליקויים בחוק (lacunae) וסעיף 46 לדבר המלך במועצת“, מחקרים במשפט ארצנו 132, 181 ואילך (מהדורה שניה, תשי"ט).

החדשים<sup>77</sup> גקבעה הוראה מפורשת לפיה אין תחולה לסימן 46 לדבר המלך באשר לעניינים הנידונים באותם חוקים. גמצא, כי את הלקונות בשלושת חוקים אלה אין למלא מתוך פניה למשפט האנגלי, בעוד שאת הלקונות בשאר החוקים המהווים חלק מהקודקס יש עדיין למלא תוך פניה למשפט האנגלי. לשוני זה אין כל הצדקה. מן הדין שהשיטה למילוי לקונות בקודקס תהיה אחידה. האחריות הטבעית בהקשר זה אינה בהחייאת סימן 46 לענין החוקים שבהם נקבעה „עצמאות החוק“, אלא דוקא בהרחבת „עצמאות החוק“ לענין הקודקס כולו. גמצא, כי יש לדעתנו לקבוע הוראה כללית, לפיה סימן 46 לדבר המלך במועצה 1922, אינו חל לענין המטריה הגדולה בקודקס<sup>78</sup>. הוראה זו יש לקבוע בהקדם — ולדעתנו אין להצמיד ביטול זה לשאלת ביטולו הכללי של סימן 46 לדבר המלך<sup>79</sup> — שכן אחרת קיימת הסכנה, כי תחרבה פסיקה ישראלית המרכיבה דין אנגלי על הוראות הקודקס<sup>80</sup>.

<sup>77</sup> סעיף 150 לחוק הירושה; סעיף 160 לחוק המקרקעין; סעיף 24 לחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). בהצעת חוק החוזים (חלק כללי) קיימת הוראה דומה: סעיף 66 להצעה. <sup>78</sup> ניסוחה של הוראה זו מחייב מחשבה רבה. היא חייבת להבהיר, כי קיימות סוגיות השייכות למטריה בה עוסק החוק, כגון, ירושה, מקרקעין, תרופות, שליחות, אך בלי שהחוק מסדיר סוגיות אלה. אם במצב דברים זה שתיקת החוק היא לקונה, אין לפנות עוד למשפט האנגלי. מטרה זו הושגה, לדעתנו, ללא עוררין לענין חוק הירושה ותק המקרקעין. נאמר בהם, שבכענין ירושה או בענין מקרקעין לא יחול סימן 46 לדבר המלך. ברור הוא, כי הנחת החוק היתה, כי קיימים ענייני ירושה או מקרקעין, שאינם מוסדרים בחוק הירושה ובחוק המקרקעין (כשם שייחון, כי ישנם עניינים, המוסדרים בחוקים אלה ואינם שייכים מבחינת מיונם לענייני ירושה ומקרקעין). לגבי עניינינו אלה קיימת „עצמאות החוק“. קשה יותר הוא נוסח הוראת העצמאות בחוק החוזים (תרופות בשל הפרת חוזה). כאן נקבע, כי „בעניינים שחוק זה דן בהם לא יחול סימן 46 לדבר-המלך במועצתו לארץ-ישראל, 1922—1947“ (סעיף 24). האם ענין שאינו מוסדר בחוק, ושלגביו יש לקונה, הוא ענין שחוק התרופות דן בו, שכן רק או יש משמעות להוראת העצמאות? לדעתנו, התשובה היא בחיוב. חוק התרופות דן בתרופות. תרופה שאינה מוזכרת בו, באופן שתיקתה זו מהווה לקונה, אין עוד לפנות לגביה למשפט האנגלי. יש להבדיל, איפוא, בין עניינינו, שחוק התרופות דן בהם (דהיינו, בעיקר תרופות), לבין העניינים שהחוק מסדיר אותם, דהיינו תרופות מסויימות. בענין שמכוח כללי הקלסיפיקציה ימויין כתרופה, ושלגביו שתיקת החוק היא לקונה, אין עוד לפנות למשפט האנגלי.

<sup>79</sup> אין אנו שותפים לדעתו של פרופסור ידון, כי בסימן 46 לדבר המלך במועצה 1922, שבק חיים לכל חי, וזאת מכוח הוראת סעיף 11 לפקודת סדרי השלטון והמשפט, תש"ח—1948, ע"ר 2, תוס"א, ע' 1. ראה ידון, לעיל הערה 15. מצטרפים אנו לדעתו של השופט גנדוי (לעיל הערה 40, בע' 298), כי לא כך יש למחוק מספר החוקים הוראה מרכזית זו. ראה גם: אלון, „המשפט העברי במשפט המדינה“, כ"ה הפרקליט 27, 43 (1968/69); שילה, „כיצד יפורש חוק השומרים“, כ"ה הפרקליט 102, 103 (1968/69); ג. פרוקציה, לעיל הערה 69, בע' 46.

<sup>80</sup> עם ביטולו של סימן 46 לדבר המלך, יהיה מקום לעורר שתי שאלות: ראשית, האם מבחינת המדיניות המשפטית יש רצון לשמור תוקפן של הלכות פסוקות, שניתנו על יסוד סימן 46? שנית, אם התשובה על השאלה הראשונה היא בחיוב, היש צורך

ביטול תחולתו של סימן 46 לדבר המלך הוא רק צד אחד של המטבע. צדו האחר הוא ההסדר, שיבוא במקומו של זה המבוטל. גם בענין זה ניתן ללמוד מהקודיפיקציות האזרחיות הקיימות. כחוט השני עובר בהן העקרון, כי במקום שיש לקונה בקודקס, יש למלאה על ידי שימוש בעקרון ההיקש (אנאלוגיה)<sup>81</sup>. ההיקש הוא המכשיר הטוב ביותר למילוי ליקויים בקודקס, שכן הוא מיוסד על השוויון המשפטי, לפיו מצבים דומים יקבלו פתרון דומה<sup>82</sup>. על ידי שימוש בהיקש מרחיבים את הקודקס בצורה שהיא הגיונית, טבעית ואורגנית.

ניתן כמובן לומר, כי הוראה סטטוטורית בענין היקש היא מיותרת, שכן דבר זה מובן מאליו. לתמיכה בגישה זו ניתן להביא מספר קודקסים, שהבולט שבהם הוא ה-B.G.B. הגרמני, בהם אין הוראה בענין היקש, שכן דבר זה הוא טבעי וברור עד כי אין כל צורך בהוראה לגביו<sup>83</sup>. למרות זאת, ברבים מהקודקסים ישנה הוראה מפורשת בענין זה. לדעתנו, רצויה הוראה זו גם בישראל, ומהטעם המיוחד הבא: משפטן שחונך על ברכי השיטה שלנו אינו רגיל לשימוש בהיקש, שכן בכל מקרה בו נוצר כר לשימוש בו, הוא הופנה למשפט האנגלי. גם המשפטן האנגלי אינו רגיל לשימוש בהיקש, שכן במקום שיש לקונה בהיקש הוא פונה למשפט המקובל שקדם לחיקוק, ושהחיקוק לא היה אלא הריג לו, ואף במקום שיש לקונה במשפט המקובל עצמו, אין זה מחובתו של השופט האנגלי להזקק להיקש דוקא<sup>84</sup>.

(ד) שלב שלישי במילוי לקונה: מה יבוא אחרי ההיקש?

בקביעת עקרון כללי, לפיו ליקויים בקודקס שלנו יתמלאו על ידי המנהג וההיקש, אין די. יש לחשוב על האפשרות כי לא תמיד ימצאו מנהגים רלבנטיים, ולא תמיד תימצא הוראה שניתן יהיה להקיש ממנה. מה הדין שיחול אז? אין בענין זה פתרון קל ומצוי. ניתן לחשוב על כל אחת מהאפשרויות הבאות:

(1) ראשונה, נשמעת ההצעה לקבוע עקרון כללי לפיו הפניה תהיה „ליסודות המשפט העברי“, וכי על השופט יהיה לשפוט „בכוח רעיונות הצדק אשר להם שאפו נביאי ישראל“<sup>85</sup>. יש המרכיכים נוסחה זו במקצת, כדי לתת לה

בהוראה מפורשת לענין זה, או שדבר זה מסתדר מאליו. דיון בשאלות אלה הורג מרשימתנו. אשר לשאלה השניה, ראה טדסקי, לעיל הערה 76, בע' 187 ה"ש 134.

<sup>81</sup> ראה: סעיף 7 לקודקס האוסטרי מ-1811; סעיף 18 לקודקס של אקוודור; סעיף 12 לקודקס האיטלקי משנת 1942.

<sup>82</sup> ראה טדסקי, לעיל הערה 76, בע' 150.

<sup>83</sup> ראה טדסקי, שם בע' 149.

<sup>84</sup> ראה טדסקי, שם בע' 141, האומר ביחס למשפט המקובל האנגלי:

„לא מצינו בה כפיה על הדין להזקק לאנאלוגיה, אלא רק עצה ללכת בדרך זו: מותר לו אפילו לסור מה- ratio iuris antiqui ולבחור בפתרון אחר. למעשה, פסקים חדשים רבים מגומקים לא בדרך הסתמכות על כללים הנובעים כביכול מעקרונות קיימים מקידמת דנא, אלא בדרך הסתמכות על עקרונות הצדק והישר, או ה- 'common sense of the thing', פשוטו כמשמעו.“

<sup>85</sup> ראה: שילה, „הבו לנו משפט עברי“, כ"ד הפרקליט 363, 365 (1967/68); שילה, לעיל, הערה 69, בע' 28. בטכניקה דומה נקטו במצרים, עיראק, סוריה ולוב לענין הפניה לעקרונות משפט האיסלם.

קונקרטיזציה, ומציעים להטיל על השופט הובה לפנות, „לעקרונות המשפט העברי במידה שעקרונות אלה מתאימים לתנאי הארץ ולצרכי יושביה“<sup>86</sup>.

(2) שניה, שר המשפטים העלה את הרעיון<sup>87</sup>, כי ההוראה הכללית עשויה לקבוע כי „כל מי שיש לו זכות, יש לתת לו תרופה אם זכותו נפגעה“ (ubi ius ibi remedium).

(3) שלישיית, במספר קודקסים נקבעה פניה „לעקרונות הכלליים של השיטה המשפטית“<sup>88</sup>.

(4) רביעית, קודקסים אחדים מפנים ל„עקרונות הצדק והיושר“<sup>89</sup>.

(5) לבסוף, מזכירים לעתים את הקודקס השוויצרי<sup>90</sup>, לפיו במקרה של לקונה על השופט להחליט: „בהתאם לכללים שהוא היה קובע אילו הוא היה פועל כמחוקק“.

לכל אחת מהאפשרויות הללו יתרונות וחסרונות. לא נוכל ברשימה זו להרחיב הדיבור בשאלה זו. כל רצוננו אינו אלא להעלותה על סדר יומנו, ולציין את הצורך למצוא לה פתרון.

#### ד. עקרונות הפרשנות החלים בפירוש הקודקס האזרחי הישראלי

##### 1. המצב הקיים

הכללים לפרשנותם של חוקים בשיטה משפטית תלויים במעמדם של החוקים במסגרת מקורות המשפט של אותה שיטה משפטית, ובאופן שבו מביע המחוקק את דברו באותה שיטה. כידוע, ההשקפה שהתקבלה בפסיקה הישראלית היא זו הגורסת, כי כללי הפרשנות שלנו יוגקים מכללי הפרשנות הנהוגים באנגליה<sup>91</sup>. על גישה זו נמתחה ביקורת קשה<sup>92</sup>. המבקרים הדגישו את המעמד השונה של החקיקה הישראלית בשיטה הישראלית לעומת מעמד החקיקה האנגלית בשיטה האנגלית. בעוד שהחוקים האנגלים נראים אך כמשלימים את המשפט המקובל, אשר נשאר תמיד במרכז, ואשר לו נתונה „הסמכות העודפת“, הרי בשיטה הישראלית, החקיקה היא העיקר והמרכז. היא המסד ולא הטפתות<sup>93</sup>. זו אינה באה רק לתקן ולשפר את הפסיקה. ההשוואה הנכונה, על פי דעה זו, אינה בין הפסיקה האנגלית לבין הפסיקה הישראלית, אלא דווקא בין הפסיקה האנגלית ובין החקיקה הישראלית. משוני זה

<sup>86</sup> אלון, לעיל הערה 79, בע' 51.

<sup>87</sup> ראה 46 דבהכ"נ 1707 (תשכ"ו).

<sup>88</sup> ראה: סעיף 12 (11) לקודקס האזרחי האיטלקי משנת 1942; סעיף 4 לקודקס האזרחי של ונצואלה משנת 1942.

<sup>89</sup> ראה סעיף 1 לקודקס האזרחי המצרי מ-1948. סעיף 7 לקודקס האזרחי האוסטרי מ-1811 מפנה לעקרון המשפט הטבעי.

<sup>90</sup> סעיף 1 לקודקס האזרחי השוויצרי מ-1967. בסקירתו המוזכרת (לעיל הערה 87) של שר המשפטים, העלה אף הוא אפשרות זו.

<sup>91</sup> ראה המ' 89/51, מיטובה כע"מ נ' כאזום, ו' פד"י 4, 12; בג"צ 15/56, סופר נ' שר הפנים, ו' פד"י 1213, 1220.

<sup>92</sup> ראה בעיקר: טדסקי, מחקרים במשפט ארצינו, לעיל הערה 68, בע' 51, 60, 61 (מהדורת שניה, השי"ט); טדסקי, לעיל הערה 76, בע' 152.

<sup>93</sup> כלשונו של פרופסור טדסקי, לעיל הערה 68, בע' 51.

במעמדם של החוקים בשתי השיטות, מתבקשת גישה שונה לכללי הפרשנות. על נימוקים אלה ניתן להוסיף כיום את הנימוק הבא: לאחרונה חוקקה הכנסת את החוק לתיקון סדרי השלטון והמשפט (מס' 14), תשל"ב-1972<sup>94</sup>, אשר קבע כי הוראה המחייבת לפרש חוק על פי עיקרי הפרשנות המשפטית המקובלים באנגליה — לא תהיה מחייבת עוד. האינן להסיק מכך בדרך של קל וחומר, כי אין עוד לפנות לכללי הפרשנות האנגליים לענין הוראת חוק שבו אין הוראה המחייבת פניה לפרשנות האנגלית? כלום יעלה על הדעת כי פקודה מנדטורית תתפרש על ידי פרשנות ישראלית מקורית, ואילו חוק מקורי ישראלי יתפרש על פי כללי הפרשנות האנגליים?

זאת ועוד: בפנותנו אל הפסיקה הישראלית, שקבעה את ההזקקות לכללי הפרשנות האנגליים, נמצא כי מתוכה של פסיקה זו גופה שוב אין הצדקה לפנות לכללים האנגליים בכל הנוגע לקודקס האזרחי שלנו. כך, למשל, נאמר בפסיקה זו<sup>95</sup>, כהנמקה לפניה למשפט האנגלי, כי —

„דרכו של גסח החוקים הישראליים להוסיף ולהשתמש בשעת הצורך במושגים השאולים מן המשפט האנגלי כשהם לבושים לבוש עברי, ואך טבעי הוא, שהפרשן הישראלי יסתייע בכללי הפרשנות של אותו משפט“.

גם אם נקבל הנמקה זו כנכונה, הרי אין היא תופסת לגבי החקיקה האזרחית החדשה. דרכו של גסח החוקים בחקיקה הקודיפיקטיבית הישראלית אינה דרך החקיקה האנגלית. המחשבה המשפטית של המחוקק הישראלי בתחום זה אינה זו האנגלית. עיון בפסיקה הישראלית שהוזכרה, מלמד גם, כי השופטים עצמם ראו בגישתם דבר זמני, שיעמוד כל עוד מעטה החקיקה הישראלית<sup>96</sup>. עם ריבויה של זו יהיה מקום לשינוי הגישה. והנה, על פי הנמקה זו גופה יש מקום לשינוי עמדה בכל הנוגע לקודיפיקציה שלנו.

## 2. כללי הפרשנות

השינוי בענין הפרשנות הוא בראש ובראשונה שינוי באווירה ובנקודת מוצא. יש להכיר בקיומו של קודקס אזרחי בישראל, המשמש נקודת מפנה וראשית דרך, הבאה לקבוע עקרונות כלליים מתוך מטרה לכסות תחום נרחב והמהווה מקור ראשי וראשוני למשפט האזרחי בישראל. למצב דברים זה השלכות רבות בתחומי הפרשנות. נעמוד כאן על אחדות מהן:

(א) השימוש בפרשנות מרחיבה חייב לקבל עמדת בכורה. לגישתו המצמצמת של המשפט האנגלי לא היה בעבר<sup>97</sup>, ובוודאי שאין שוב מקום כיום, בישראל<sup>98</sup>.

<sup>94</sup> פה"ח 651, תשל"ב, ע' 51.

<sup>95</sup> דברי השופט זוסמן בבג"צ 163/57, לוכנין נ' עיריית ת"א-יפה, י"ב פד"י 1041, 1077.

<sup>96</sup> ראה בג"צ 15/56, י" פד"י בע' 1220.

<sup>97</sup> ראה טדסקי, לעיל הערה 92, בע' 59.

<sup>98</sup> מעניין לציין, כי הקודקס האזרחי בקליפורניה מצוין במפורש, בסעיף 4, כי:

"The rule of the common law, that statutes in derogation thereof are to be strictly construed, has no application to this code. The code establishes the law of this state respecting the subjects to which it relates, and its provisions are to be liberally construed with a view to effect its objects and to promote justice".

(ב) במקום שהחוק שתק בסוגיה פלוגית, היתה זו הנחתם של כללי הפרשנות הנוהגים כי הדין שקדם לחוק ממשיך לתול<sup>99</sup>. להנחה פרשנית זו אין תחולה לענין החקיקה האורחית החדשה. תחיקה זו באה לפתוח פרק חדש. במקום שהיא שותקת בסוגיה פלוגית, ושתיקתה אינה שקולה כנגד הסדר שלילי, יש לפתור הסוגיה תוך שימוש במינהג או בהיקש (לכשיבוטל סימן 46 לדבר המלך), ולא תוך פניה לדין הישן.

(ג) שינוי גישה מתבקש לענין מעמדה של ההיסטוריה החקיקתית<sup>100</sup>. הצורך למצות את האמור בקודקס מחד גיסא, ולשונו הקצרה והתמציתית של הקודקס מאידך גיסא, מצדיקים את לגיטימיות הפניה להיסטוריה החקיקתית כאמצעי פרשנות<sup>101</sup>. כוונתנו בעיקר לדברי השר שהציג ההצעה בקריאה הראשונה, ולדברי יו"ר הוועדה שהביא החוק לקריאה שניה ושלישית<sup>102</sup>. זאת ועוד: גראה לנו, כי רצוי הוא לפרסם את דיוני הוועדות שעסקו בהכנת החוק, בין ועדות במסגרת משרד המשפטים ובין ועדות הכנסת.

### 3. פירוש הקודקס „מתוכו“

פסק-הדין העיקרי עד היום לענין שיטת פרשנותה של החקיקה הקודפית-קטיבית שלנו הוא ע"א 83/68, עובדן המנוח פינקלשטיין ואח' נ' פינקלשטיין ואח'<sup>103</sup>, אשר עסק בפירושו של סעיף 11 לחוק הירושה. אומר השופט זילברג<sup>104</sup>: „מוכרחים אנו איפוא, לפתור את השאלה הנ"ל מתוכו של החוק גופו, ולדחוס אותה, בצמצום או בריווח, לתוך לשונו של החוק“.

אכן, את הלקי הקודקס השונים יש לפרש „מתוכם“ אך מכאן אינו גובע, שהנחת היסוד צריכה להיות שכל מקרה חדש המתעורר חייב למצוא פתרון בהוראותיו של הקודקס. גישה כזו, לא רק שאינה נכונה, אלא שהיא גוררת הלכות

<sup>99</sup> ראה תיע"ז 6284/65 (לא פורסם).

<sup>100</sup> ראה טדסקי, לעיל הערה 92, בע' 66, ה"ש 22:

„משום חוסר מסורת זה, העיקרון המקובל באנגליה כי אין להתחשב, למטרות של פרשנות, בעבודות ההכנה של החוק ראוי לחול אצלנו עוד פחות מאשר בשיטות המשפט הקונטיננטליות המסתייגות ממנו“.

<sup>101</sup> עוסקים אנו ב„קבילותה“ של ההיסטוריה החקיקתית ולא ב„מהימנותה“. השימוש במקורות החקיקה צריך להיות זהיר. יש להבחין בין מגמות החוק, שהן משותפות לכל המשתתפים, לבין דעות אישיות: ראה טדסקי, שם.

<sup>102</sup> יש לציין, כי במספר מקרים בהם פרשו שופטים את הקודפיפיקציה החדשה הם לא היססו לפנות לדברי הכנסת ולדברי ההסבר שליוו את הצעת החוק. ראה: ע"א 645/69, רוטו נ' רוטו, כ"ד (1) פד"י 657; ע"א 134/70, שרלוטה לוי נ' עובדן המנוח יוסף לוי, כ"ד (2) פד"י 720; ע"א 250/70, שרעבי נ' סוכרי, כ"ה (1) פד"י 429. ראה גם דיין, לעיל הערה 20, בע' 360.

<sup>103</sup> כ"ב (1) פד"י 618.

<sup>104</sup> שם בע' 619.

דחוסות שהן לעתים גם דחוקות<sup>106</sup>. יש להכיר באפשרות קיומה של לקונה. במקרה זה יש להגיע לפתרון שהוא אנאלוגי להוראות הקיימות, ולא לדחוס את לשון החוק ולמצוא בו במישרין פתרון שאיננו קיים בו<sup>106</sup>.

#### 4. הוראת פרשנות כללית

עם ביצוע פעולת ההאחדה של חלקי הקודקס השונים, יש מקום להעלות את השאלה, אם רצוי הוא לקבוע בתחילתו של הקודקס הוראה כללית בענין שיטת הפרשנות. דבר זה מקובל במספר קודיפיקציות<sup>107</sup>. גם ה-U.C.C. האמריקאי, שהוא הקרוב ביותר למעשה קודיפיקציה בשיטת משפט בה נהוג המשפט המקובל, נקט בשיטה זו. בתחילתו של הקוד נאמר<sup>108</sup>, כי הוא יפורש באופן ליברלי, ויופעל באופן שיקדם את המטרות והמדיניות המונחות ביסודו<sup>109</sup>. בהמשך באים שלושה סעיפי משנה, הקובעים מטרות אלה. כמוכן, אם ננקוט בשיטה זו, נצטרך לקבוע מטרות משלנו. נראה לנו, כי רעיון זה יש בו מן החיוב. הוא יבטיח במידת מה אחידות בגישה הפרשנית, ויביח את דעתם של אלה משופטינו, החוששים מפני הינתקות מכללי הפרשנות האנגליים, שכן לדעתם עשוי להיווצר או הלל ריק פרשני<sup>110</sup>. הוראה כללית בענין שיטת הפרשנות עשויה לסייע במילוי הלל זה<sup>111</sup>.

ה. הקודיפיקציה של המשפט האזרחי בישראל והרשות השופטת  
ברשימה זו ניסינו להראות, כי אופיה של החקיקה האזרחית החדשה כקודיפיקציה הביא לתמורה איכותית במשפטנו הפרטי. לשם הכרה בפועל במצב דברים זה, והסקת המסקנות האופרטיביות מכך, דרוש שיתוף פעולה מצד הרשות

<sup>106</sup> ראה שילה, לעיל הערה 79, בע' 104.

<sup>107</sup> השופט לנדוי יצא מתוך ההנחה, כי המחוקק כלל לא נתן דעתו על השאלה שהתעוררה בפרשת פינקלשטיין. למרות זאת הוא מגיע לפתרון המוצע על ידי השופט זילברג וזאת על יסוד ההנמקה כי בכך מגשימים את כוונת המחוקק, „לאמור התגיון מחייב, כי כך היה משיב אילו היה שואל את עצמו את השאלה הזאת“ (ע"א 83/68, כ"ב (1) פד"י בע' 623). נראה לנו, כי השופט לנדוי היה מיטיב לעשות אילו הכיר בקיומה של לקונה, והיה פונה לשיטת ההיקש. מעניין גם להשוות את דבריו של השופט לנדוי להוראת סעיף 1 לקודקס האזרחי השוויצרי (טקסט להערה 90 לעיל). הגוסס השוויצרי שואל מה היה השופט פוסק אילו הוא היה מחוקק, ואילו השופט לנדוי שואל את עצמו מה היה המחוקק קובע אילו שאלה זו עמדה לפניו. שני אלה אינם היינו תך.  
<sup>107</sup> ראה סעיף 32 לקודקס האזרחי של פאנאמה מ-1903; סעיף 10 לקודקס האזרחי הפיליפיני מ-1949.

<sup>108</sup> סעיף (1) 1-102 ל-U.C.C.

<sup>109</sup> ראה גם הערה 98 לעיל באשר להוראת פרשנות כללית בקודקס האזרחי של קליפורניה.

<sup>110</sup> ראה בג"ץ 15/56, י' פד"י, בע' 1221.

<sup>111</sup> בהודמנות זו ניתן יהיה לחשוב על ביטולה של פקודת הפרשנות [נוסח חדש], דיני מדינת ישראל, נר"ח 1, ע' 2.

השופטת<sup>112</sup>. אם זו תתעלם מהשינוי שחל, ותמשיך לנהוג כבעבר, נאמר בוודאי כי התנהגותה בטעות יסודה, אך בסופו של דבר המציאות המשפטית בישראל תיקבע במידה רבה על-ידי דעתה, ולו המוטעית, של הפסיקה. מקווים אנו, כי הרשות השופטת תתן ידה לחידוש משפטנו האזרחי. משתעשה כך, לא רק שתגשים את כוונת החקיקה, אלא תחזק בסופו של דבר את מעמדה של השפיטה עצמה. הדעה הנשמעת לעתים, כי בארצות בהן נוהגת קודיפיקציה, מעמד השופטים נחות לעומת מעמדם בארצות בהן אינה נוהגת קודיפיקציה, יש בה מידה של הגזמה<sup>113</sup>. לדעתנו, מעמדם הרם של השופטים בישראל ימשיך להתקיים, וזאת בעיקר משני טעמים: ראשית, החקיקה האזרחית החדשה נוסחה במונחים כלליים, ויש בה „מונחי שסתום” רבים<sup>114</sup>. בצורת חקיקה זו מוטלת אחריות רבה על הרשות השופטת. ניתן בידה תפקיד יוצר<sup>115</sup>; שנית, אם תתקבל הצעתנו להחליף את סימן 46 לדבר המלך במועצתו בהוראה כללית המפנה השופט במקרה של לקונה אל ההיקש ואל עקרונות כלליים, שוב תגבר מעמדה של הרשות השופטת. בעבר, עם ההכרה בקיומה של לקונה היפנתה השיטה המשפטית את השופט אל המשפט האנגלי. לעומת זאת, על פי הצעתנו, הכרה בקיומה של לקונה מטילה על השופט תפקיד חקיקתי<sup>116</sup>. זהו תפקיד יוצר ואחראי. לעתים קרובות קיימים מספר הקשים אפשריים, ועל השופט לבחור ביניהם<sup>117</sup>. ובאין אפשרות להיקש, עליו לגזור הדין

<sup>112</sup> השווה: Akzin, *supra* note 16, at 318.

“But whatever position is proposed by the draftsmen and adopted by the legislator, in the final analysis the problem will not be solved one way or another until the courts indicate by the technique and trend of their future decisions whether they are willing to accept to the full the logical implications of codifications or whether, like their brethren in England and the United States, they will stop short of these implications”.

<sup>113</sup> ראה: Friedmann, *Legal Theory* 486, 489, 490 (4th ed., 1960).

<sup>114</sup> ראה: Yadin, *supra* note 62, at 141.

<sup>115</sup> ראה: לנדוי, לעיל הערה 40;

Schlesinger, *supra* note 9, at 315:

“Working in such an area of the law, where he is fettered neither by explicit code provisions nor by ‘binding’ precedents, the civil law judge may well have more creative freedom than his common law colleague”.

ראה גם: Sreni, *supra* note 8, at 60, 61, 78.

<sup>116</sup> ראה טרסקי, לעיל הערה 76, בע' 180:

„ואם בשם תפקיד מחוקק מתכוונים ליצירת משפט חדש, עלינו לומר, להיפך, שס' 46 גורר הגבלת סמכויותיו, ולא הגברתו. אלמלא ס' 46, מה היה על השופט לעשות לכשהכללים הא"י אינם מספקים לו אבן-בוהן מספיקה לשם הריצת משפטו? בוודאי היה עליו להצוב אבן בוהן לעצמו. אף אם היה צריך, או רק רשאי, להיזקק אל היקש הכללים הקיימים, היו סמכויותיו היוצרות גדולות יותר מאשר בהיזקקו אל עקרונות המשפט האנגלי על פי ס' 46”.

<sup>117</sup> ראה לנדוי, לעיל הערה 40, 297.

מכוח עקרונות כלליים. אמת הדבר, „חקיקה שיפוטית“ זו היא בגדר „חקיקת משנה“<sup>118</sup> ולא „חקיקה ראשית“. אך מבחינה עיונית תמיד היה מעמדה של הרשות השופטת בישראל במעמד של „חקיקת משנה“<sup>119</sup>.

<sup>118</sup> ראה לנדוי, שם בע' 295.

<sup>119</sup> שכן כוחו של בית-המשפט העליון ליצור נורמה משפטית המחייבת אחרים באה לו מהאמור בסעיף 33 (ב) לחוק בתי-המשפט, תשי"ז-1957, פה"ח 233, תשי"ז, ע' 148. ניתן להעלות את השאלה, עד כמה מתיישבת קודיפיקציה עם עקרון התקדים המחייב, ולו בצורתו המצומצמת הקבועה בסעיף 33 (ב) הנ"ל. נראה לנו, כי אין כל סתירה בין קודיפיקציה לבין עקרון התקדים המחייב בצורתו הישראלית. וזאת מהטעמים הבאים: ראשית, אין לומר כי עקרון התקדים המחייב הוא נחלתן של הארצות בהן אינה מקובלת קודיפיקציה. ידועים מקרים בהם נקבע בשיטה בה נוהגת קודיפיקציה במשפט האזרחי כי פסק דין של בית משפט — וזה לרוב בית המשפט האזרחי העליון — מהווה תקדים מחייב לגבי בתי משפט אחרים. ראה טדסקי, „על הלכת התקדים המחייב“, מחקרים במשפט ארצנו 92, 99 (מהדורה שנייה, תשי"ט).

שנית, במספר ניכר של מדינות בהן קיים קודקס אזרחי, דחיית עקרון התקדים המחייב, יותר משהוא נובע מעמדה עיונית שלילית, הוא נובע מנימוקים היסטוריים בעלי אופי פוליטי. ראה: Sereni, *supra* note 8, at 66.

שלישית, הטענה האפשרית, כי התקדים המחייב יוצר חיץ בין החוק לבין השופט המבקש לפרשו, שכן הוא מטיל על שופט הכפוף לתקדים להזקק לפירוש שניתן בעבר ולא לפירוש הנראה לו כנכון, אינה תופסת במלואה בישראל לאור כוחו של בית-המשפט העליון לסטות מתקדימיו.

## חוק הירושה כחלק מהחקיקה האזרחית בישראל

אורי ידן\*

### א. מקומו של המשפט האזרחי בין שאר ענפי המשפט

זמן רב נחשב המשפט האזרחי ליסוד ולגרעין של המשפט כולו, והחקיקה בשטח משפטי זה — לראש פינה ולגולת הכותרת של החקיקה. מי שסוקר את מפעל הקודיפיקציה של נפוליאון, יזכיר בראש וראשונה את ה-Code-Civil. מי שמתייחס לקודיפיקציה של גרמניה, ידגיש ראשית כל את ה-BGB, ספר החוקים האזרחי. וזאת — אף על פי שבין ה-Code-Civil לבין ה-BGB מפרידות כמעט מאה שנה.

תפיסה זו, שהועידה למשפט האזרחי מעמד של עליונות ומרכזיות, הפכה היום לנתלת העבר, הן בעולם והן בארץ. דיני העבודה, שהיו במאה ה-19 לא יותר מסוגיה אחת בין הסוגיות השונות של דיני החוזים, נעשו אצלנו, כמו במדינות רבות, לנושא משפטי ענף בפני עצמו, אשר יחד עם דיני הביטוח הסוציאלי — שחשיבותם נמצאת בעליה מתמדת — זכה לאחרונה אף למערכת שיפוטית נפרדת. המשפט המנהלי הביא לשינויים מרחיקי לכת בעולם המושגים המשפטיים, ועניינים רבים, שגידונו מקודם על פי המשפט האזרחי בלבד, נחתכים היום על פי חוקי מנהל, כגון חוק התכנון והבניה, תשכ"ה—1965,<sup>1</sup> או חוקי המים, הנפט, המכרות וכיוצא באלה. הדין הפיסקלי השפיע השפעה עמוקה על מערכת הדינים האזרחיים. פרצות בוספות בחומת המשפט האזרחי נפרצו על ידי חוקי הפיקוח למיניהם, כגון תקנות מטבע הוץ, חוק ההגבלים העסקיים, תשי"ט—1959,<sup>2</sup> חוקי הגנת הדייר או חוק החוזים האחידים, תשכ"ד—1964.<sup>3</sup> לבסוף יש להזכיר כאן את סוגיית זכויות האדם; כידוע מנסה כעת הכנסת להעלות נושא זה למעמד של חוק יסוד שיהיו לו, כפי הנראה, השלכות גם על יחסים אזרחיים בין אדם לחברו. על אף כל אלה מהווה המשפט האזרחי גם היום דיסציפלינה חשובה, ואמנם, הקדיש המחוקק הישראלי לענף משפטי זה תשומת לב רבה ב-15 השנים האחרונות.

### ב. חלקי המשפט האזרחי והיקף החקיקה בכל אחד מהם

מה שנוהגים לכלול במושג „משפט אזרחי“ או „משפט פרטי“ ניתן לחלק — בקיום גסים — לחמישה נושאים עיקריים: דיני חוזים, דיני נזיקין, דיני קניין, דיני היחיד והמשפחה, ודיני ירושה.

לא תמיד ולא בכל מקום נשמרת חלוקה זו במלואה. חוזים ונזיקין, למשל, שההפרדה ביניהם אופיינית לשיטות ה-Common-Law, נידונים בקודקסים היבשתיים במשולב. גם באוניברסיטה העברית בירושלים נלמדים עד היום שניהם כאחד במקצוע שנקרא „דיני חובבים“. דוגמה אחרת: החקיקה הישראלית אינה מקפידה על האבחנה בין דיני חוזים לבין דיני קניינים; חוק המכר תשכ"ח—1968,<sup>4</sup>

\* משנה ליועץ המשפטי לממשלה; פרופסור אורח, האוניברסיטה העברית בירושלים.

1. סה"ח 467, תשכ"ה, ע' 307.

2. סה"ח 286, תשי"ט, ע' 152.

3. סה"ח 418, תשכ"ד, ע' 58.

4. סה"ח 529, תשכ"ח, ע' 98.